بحث محكم | قسم الدراسات الدينية | 14 يناير 2017

النصّ على مكانة للتشريع الإسلامي في الدستور

(إشكاليات وحلول)

صالح الطيب بن محسن
باحث ليبي

مؤمنون بلا حدود
Mominoun Without Borders
للدراسات والأبحاث www.mominoun.com

جميع الحقوق محفوظة © 2017
All rights reserved © 2017

النصّ على مكانة للتشريع الإسلامي في الدستور[1]

(إشكاليات وحلول)

[1] ألقيت هذه الورقة في ندوة: «إشكاليات التشريع في الفكر الإسلامي المعاصر»، المنعقدة بنواكشوط 28-29 آذار/ مارس 2015م، تنسيق: د. ديدى ولد السالك.مؤسسة مؤمنون بلا حدود للدراسات والأبحاث.

ملخص:

من يقرأ محاور ندوة: (إشكالية التشريع في الفكر الإسلامي المعاصر) تستوقفه الإشارة إلى (مكانة التشريع الإسلامي في الدساتير والمجلات القانونية المعتمدة في الدول العربية والإسلامية)، والتي يمكن اعتبارها المحور السادس من محاور الندوة تأسيسا على اعتبارها في عشرة محاور بحسب ما ورد في أرضيتها.

ولأن الدستور بطبيعته هو التشريع الأساسي كما هو معروف، أو التشريع الأسمى مكانة بين أنواع التشريع، فحينما يتعلق الأمر بإشكالية التشريع في الفكر الإسلامي المعاصر، يستحسن أن تكون البداية من نصوص الوثيقة الدستورية لتقدمها مكانة بين أنواع التشريع الأخرى العادي منه والفرعي وفقا لمبدأ تدرج التشريع؛ ولذلك تم اختياره.

ولأن مكانة التشريع الإسلامي في الدساتير المعتمدة في الدول العربية والإسلامية، تثير الكثير من الإشكاليات منها ما يتعلق بعدم النص على مكانة التشريع الإسلامي في الوثيقة الدستورية، ومنها ما يتعلق بالنص على مكانة لهذا التشريع في الدستور، والتي غالبا ما تكون هذه النصوص ذات صلة بمصادر التشريع أو بدين الدولة، وفي عبارتين شائعتين في الدساتير العربية والإسلامية، هما: (الإسلام دين الدولة) و(مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر للتشريع).

ومعنى ذلك أنه يمكن تصور ظهور الإشكاليات في الحالتين ـ أقصد حالة عدم النص على المكانة، وحالة النص عليها ـ ففي حالة عدم النص يبرز السؤال عن مكانة التشريع الإسلامي في وثيقة دستورية صدرت في دولة عربية إسلامية، وعن مدى إمكانية مخالفة نصوص هذه الوثيقة لأحكام التشريع الإسلامي عملا، وفي حالة النص تثار إشكاليات من نوع آخر لعل من أهمها: هل يتعلق النص بمصادر التشريع أم يتعلق بدين الدولة؟ وهل الأثر القانوني المترتب على النصين واحد في الحالتين أم أنه مختلف؟

تمهيد

خُصِّصَ هذا التمهيد لبيان أمرين لصيقين بمنهجيّة إعداد الورقة؛ أوّلهما يتعلّق بالمقصود بالتشريع الإسلامي فيها، والآخر يتعلق بالمعنى المقصود من المكانة في الدستور.

ففيما يتعلّق بمعنى التشريع الإسلامي، مع تعدُّد هذا المعنى توسُّعاً في إطار المعنى العام، الذي يطلق التشريع الإسلامي على الأحكام التي أرستها الرسالة الخاتمة؛ رسالة محمد - صلى الله عليه وسلّم- وحياً، ورأياً، نصاً واجتهاداً، ثابتاً ومتغيّراً، كما هو الأمر في اصطلاح الشرعيين، وتضييقاً في إطار المعنى الخاص، الذي يقتصر في إطلاق التشريع الإسلامي على أحكام المعاملات، أو حتى الرأي الفقهي في مذهب من المذاهب الفقهية[1]، كما هو الأمر في اصطلاح القانونين، واتفاقاً مع ما يقرّره بعض العلماء[2] من اختلاف مدلول التشريع الإسلامي، عامّةً، عن مدلول التشريع في القانون (في سياق تنظيم العلاقات) من حيث إنّ مدلول التشريع الإسلامي ينظّم العلاقات الإنسانية كافةً، كعلاقة الإنسان بأخيه الإنسان، إضافةً إلى علاقته بربِّه، وبنفسه، وبالموجودات الأخرى من حيوانات وجمادات، وأنّ مدلول التشريع في القانون الوضعي يقتصر على تنظيم علاقة الإنسان بأخيه الإنسان؛ فإنّ الورقة تُطلق التشريع الإسلامي بهذا المعنى، وبما يُرادف مدلول الشريعة الإسلامية، التي صار مدلولها، في الدراسات المقارنة، يقتصر على أحكام المعاملات، أو الأحكام العملية، التي تنظِّم علاقة الإنسان بأخيه الإنسان.

1- يُنظَر ما ذهبت إليه المحكمة العليا الليبية في الطعن المدني رقم 35، سنة 12 قضائية، 31/ 12/ 1966م، المجموعة المفهرسة، عمر عمرو، ج4، ص 230

2- يقول الشيخ محمد الفاضل بن عاشور في إحدى محاضراته: لا يخفى على حضرتكم أنّ للتشريع الإسلامي مدلولاً خاصّاً به، مستمدّاً من الخصوصيات المنهجية والأساسية التي يختلف بها الدين الإسلامي عن غيره من الأديان، ويباين بها التشريع الإسلامي غيره من القوانين.

وهذا المدلول الخاص بالتشريع الإسلامي يختلف فيه مدلول التشريع في الإسلام عن مدلول كلمة التشريع في القوانين الوضعية.

ويُشير إلى أنّ مقتضى مدلول التشريع الإسلامي: أنّه تشريع ينظّم جميع أنواع العلاقات، كعلاقة الإنسان بربّه، وبنفسه، وبأخيه الإنسان، وبالموجودات الأخرى من الحيوانات والجمادات، وهوما يُستَشفُّ من قوله:

(أمّا القانون في مدلوله الوضعي، الذي هو غير المدلول التشريعي الإسلامي، فإنّه لا يتناول إلا النوع الأوّل، فقط، من هذه الأنواع الأربعة للعلاقة، ألا وهي: العلاقة التي بين بعض الآدميين وبعض، فالعلاقة التي بين الآدمي والموجودات الأخرى، والعلاقة بين الآدمي وربّه، والعلاقة التي بين الآدمي ونفسه، ليست موضوعاً من قانون، ولا تعلّق للقانون بها، وعلى ذلك يكون بين مدلول التشريع الإسلامي وبين مدلول التشريع القانوني عموم وخصوص مطلق، من حيث إنّ التشريع الإسلامي أعمُّ مطلقاً من التشريع القانوني؛ فكلّ ما يشمله التشريع القانوني هو مندمج في التشريع الإسلامي).

يُنظَر: ابن عاشور، محمد الفاضل، قضايا التشريع الإسلامي في العصر الحاضر، محاضرة مرقونة على الآلة الكاتبة، إدارة الثقافة العامّة وشؤون العالم الإسلامي، جامعة السيّد محمد بن علي السنوسي الإسلامية، ليبيا، الموسم الثقافي 1965، 1966م، ص ص 1، 2

وفيما يتعلّق بمعنى المكانة في الدستور، فمع أنّ أغلب الوثائق الدستورية (التي تدخل في الحالة المختارة، وهي حالة النص على المكانة[3]) تتجلّى بنصوص في موضوعات مختلفة، في فصول أو مواد متفاوتة، أو حتى في ديباجتها، كما في دستور موريتانيا سنة (1991م)، الذي نصَّ في ديباجته على احترام أحكام الدين الإسلامي المصدر الوحيد للقانون[4]؛ فإن المقصود بالمكانة، في الورقة، هي مكانة التشريع الإسلامي بين مصادر التشريع.

وعليه، إذا أطلق التشريع الإسلامي في الورقة، فيُقصد به مايشمل الشريعة الإسلامية، بمعنى الأحكام العملية التي تنظم علاقة الإنسان بأخيه الانسان، وإذا أطلقت مكانة التشريع الإسلامي في الدستور، فيُقصد بها مكانته بين مصادر التشريع.

3- يمكن تقسيم الدساتير العربية، فيما يتعلّق بمكانة التشريع الإسلامي فيها، والنصّ على أنّه مصدر التشريع، إلى مجموعتين، أو اتّجاهين:

الأوّل: ينصُّ على المصدرية.

والثاني: لا ينصُّ عليها، ويأخذ هذا الاتجاه شكلين:

أ- شكلٌ لا نصَّ في دساتيره على أنّ الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر التشريع:

ويتكوّن هذا الشكل من الأقطار العربية، التي خلت دساتيرها من النص على ذلك، وإن جاء النصُّ فيها على أنّ الاسلام دين الدولة، ومغاربياً جاء النصُّ على أنّ الإسلام دين الدولة، في المادة الخامسة من الدستور الليبي لسنة (1951م)، والمادة الرابعة من الدستور الجزائري لسنة (2008م)، والفصل الثالث من الدستور المغربي لسنة (2011م)، والفصل الأوّل من الدستور التونسي لسنة (2014م)، الذي نصَّ على أنّ تونس دولة حرّة مستقلّة ذات سيادة، والإسلام دينها.

ويُفسَّر عدم النص هذا بأنّه راجعٌ إلى أسباب منها: عدم النصِّ في الدستور، أساساً، على المصادر، وأنّ خلوّ دساتير أقطار هذا الشكل من النص لا يعني أنّ العلاقة منبتة بين الشريعة الإسلامية والقانون فيها؛ ذلك لأنّ معظم هذه الأقطار نصّت دساتيرها على أنّ الإسلام دين الدولة، وهو ما يرتّب التزاماً دينياً واجتماعياً لا يمكن تجاهله في التشريع، وتلجأ محاكمها إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند انعدام النصوص القانونية.

ب- وشكل ليس له دستور مكتوب، ولكنّه يجعل الشريعة الإسلامية قانوناً واجب التطبيق.

يُنظَر: التكاري، البشير، مكانة الشريعة الإسلامية في دساتير الدول العربية، المجلة القانونية التونسية، تونس، 1982م، ص 34 وما بعدها. والصائغ، نبيل، الأحكام الدستورية للبلاد العربية، ص 109. والدكتور: عوض، عوض محمّد، مهمّة المشرِّع العربي في ضوء النصوص الدستورية التي تجعل الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع، دراسات قانونية، بنغازي، المجلّد 3، 1973م، ص 14، والدستور الليبي لسنة (1951م): www.wipo.int، والدستور الجزائري لسنة (2008م): www.elmouradia.dz، والدستور الجديد للمملكة المغربية (2011م)، إعداد وتقديم لفروجي امحمد، ط2، 2012م، ودستور الجمهورية التونسية لسنة (2014 م)، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية.

4- يُنظَر: دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية، لسنة (1991م): www.mauritania.

المطلب الأول: في الإشكاليات

جزئية هذه الورقة: إشكاليات النص على مكانة للتشريع الإسلامي في الدستور واستشراف حلولها، والإطار العام للموضوع هو إشكاليّة التشريع في الفكر الإسلامي المعاصر[5].

ويبدو، لأول وهلة، أنّ اعتبار النص على المكانة إشكاليّة أمر مستغرب؛ فالنص على المكانة ليس إشكالية، فضلاً عن أن يكون من إشكاليّات الإطار العام، ولعلّه من الحلول؛ وذلك لأنّ الاتجاه الغالب عند المخاطبين بأحكام الدستور، في الدول العربية والإسلامية، يحرص على النص على المكانة، ويرى هذا النص مكسباً من المكاسب الدستورية. ومن ثَمَّ فالإشكاليّات قد تلتمس في حالة عدم النص بافتراض الخشية من المخالفة لأحكام التشريع الإسلامي حتى في نصوص الوثيقة الدستورية نفسها.

وهي فكرة، بقدر ما تبدو صحيحة بعض الشيء، غير دقيقة، وتكمن صحتها في عدم إنكار وجود إشكاليّات في حالة عدم النصّ على مكانة للتشريع الإسلامي في دساتير الدول العربية والإسلامية، وإن كانت الورقة قد تركته منهجياً، وأعلنت عدم التركيز عليه، وتجاوزته إلى اختيار إشكاليّات حالة النص. ويكمن عدم الدقة في اعتبار مجرد النصّ على مكانة للتشريع الإسلامي في الوثيقة الدستورية كافياً، وتمكيناً للمخاطبين بأحكام هذه الوثيقة من تنظيم علاقاتهم واجباتٍ وحقوقاً داخلياً وخارجياً وفقاً لأحكام التشريع الإسلامي، وكأنّ الإشكالية هي عدم النص، ومجرّد النص هو الحل.

ومع تقدير الفكرة في صحّتها، ومع عدم دقّتها؛ لعلّ الإشكاليات التي تثيرها حالة النصّ لا تقلُّ أهميةً عن إشكاليات حالة عدم النصّ في الواقع العملي، ومن أهمّ هذه الإشكاليات ما يأتي:

أوّلاً: التباين في صيغ النص:

تتباين صيغ النص على مكانة للتشريع الإسلامي في الوثائق الدستورية، وهو ما يمكن إدراكه من خلال عملية استقراء بعض الصيغ، وذلك على النحو الآتي:

5- في سياق إشكاليات التشريع الإسلامي المعاصرة، يرى الشيخ محمد الفاضل بن عاشور أنّ المشكلة، التي تعلّقت بالتشريع الإسلامي، فيما بعد القرن الحادي عشر، ترجع، في الحقيقة، إلى أمر نفساني اجتماعي أصاب المجتمع الإسلامي، وتمثّل فيما يمكن أن نعبّر عنه بفتور الوازع الديني، ويُشير إلى عوامل في الشأن منها: ضعف الدولة الإسلامية، والامتيازات القنصلية، والفساد السياسي والأخلاقي الذي حبّب للمفسدين الفرار من العدالة الشرعية. ويقول:

«على ذلك تلاحقت القرون الثلاثة: القرن الحادي عشر، والثاني عشر، والثالث عشر، وكان هذا التلاحق يزيد الطين كلّ يوم بلّة، بسبب أنّ الامتيازات القنصلية، وضعف الدول الإسلامية في المجال الدولي، أمام الدول الأخرى، قد انتهى بهم إلى فرض قوانين غير إسلامية على البلاد الإسلامية، بالنسبة إلى بعضها، بنقل القانون الأجنبي، وبالنسبة إلى البعض الآخر، بإصدار قانون باسم الدولة الإسلامية يُخالف مخالفة صريحة الأحكام الإسلامية، مثل القانون المشهور بقانون الجزاء الهمايوني، الذي هو القانون الجنائي العثماني، والذي صدر سنة (1275 هـ الموافق سنة 1859 م). يُنظر: قضايا التشريع الإسلامي في العصر الحاضر، ص ص 7، 8. والدكتور: أمحزون، محمد، ماذا خسر العالم بترك الشريعة الإسلامية، ص 79

1 ـ مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع:

هذا هو نصُّ المادة الثانية من دستور جمهورية مصر العربية لسنة (1971م)[6]، والمادة الرابعة من دستور فلسطين لسنة (2003م)[7]. ثمّ عُدِّلَ في مصر سنة (1980م) ليصبح النصّ على أنّ (مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع)[8]، وهو ما أكّد عليه الدستور المصري لسنة (2014م) في مادته الثانية أيضاً[9].

2 ـ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع:

نصّت المادة الثانية من دستور الكويت لسنة (1962م) على أنّ (... الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع)[10].

كما نصّت المادة السابعة من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة لسنة (1971م) على أنّ (... الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع فيه)[11].

وفي قطر نصّ القانون الأساسي لسنة (1972م)، في مادته الأولى، على أنّ (... الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي لتشريعها)[12]، وفي ليبيا نصّت المادة الأولى من الإعلان الدستوري لسنة (2011م) على أنّ (الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع)[13].

كما نصّت المادة الثانية من دستور دولة البحرين لسنة (1973م) على أنّ (... الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع...)[14]، وكذلك المادة الرابعة[15] من دستور اليمن لسنة (1964م)، والمادة الثالثة من دستور سنة (1970م)؛ حيث نصّتا على: (أنّ الشريعة الإسلامية مصدر القوانين جميعاً)[16].

6- يُنظر: الصائغ، نبيل، الأحكام الدستورية للبلاد العربية، ص 224

7- يُنظر: دستور فلسطين لسنة 2003م: www.syrianba.org.

8- يُنظر: العشماوي، محمد سعيد، أصول الشريعة، ص 15، وموسوعة مبادئ المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية من أول عام 1971م حتى الـ 30 من حزيران/ يونيو 1987م. أحمد هبة، ص 132، المبدأ رقم 220

9- يُنظر: دستور جمهورية مصر العربية لسنة 2014 م: www.sis.gov.eg.

10- يُنظر: مجموعة التشريعات الكويتية، الجزء الخامس، الدستور الكويتي وقوانين أخرى، إعداد محمد رشود حمد الرشود، ص 13

11- يُنظر: الصائغ، نبيل، الأحكام الدستورية للبلاد العربية، ص 32. والدكتور: قزماخوري، يوسف، الدساتير في العالم العربي، ص 84

12- المصدران السابقان. الأوّل: ص 171، والثاني: ص 204

13- الجريدة الرسمية، ليبيا، ع 1، س 1، 1344هـ/ 2012 م.

14- يُنظر: الصائغ، نبيل، الأحكام الدستورية للبلاد العربية، ص 59

15- يُنظر: الدكتور: قزماخوري، يوسف، الدساتير في العالم العربي، ص 642

16- يُنظر: الصائغ، نبيل، الأحكام الدستورية للبلاد العربية، ص 288. والدكتور: طربوش، قائد محمد، نظام الحكم في الجمهورية العربية اليمنية، دراسة مقارنة مع البلدان العربية ذات الطابع الجمهوري، ص 162

ومع التقاء هذه النصوص في اتخاذ الشريعة الإسلامية مصدراً[17]، فإنّ التباين فيما بينها يظهر واضحاً، حتى فيما يتعلّق بمبادئ الشريعة، والشريعة، ومصدر رئيسي أو المصدر الرئيسي.

3 ـ الفقه الإسلامي مصدراً للتشريع:

نصّت المادة الثالثة من الدستور السوري لسنة (1950م) على أنّ الفقه الإسلامي هو المصدر الرئيسي للتشريع، والنصّ نفسه جاء في دستور سنة (1973م)[18]، ودستور سنة (2012)م[19]، مع اختلاف فيما يتعلّق بالرئيسي أو رئيسي في التشريع.

هذا إضافة إلى صيغ أخرى يتجسّد فيها التباين، كصيغة المادة الرابعة من دستور الجمهورية العراقية لسنة (1964م)، و(1968م)، التي تنصُّ على أنّ (الإسلام دين الدولة، والقاعدة الأساسية لدستورها)[20]، والصيغة الواردة في نص المادة التاسعة من دستور جمهورية السودان الديمقراطية لسنة (1973م)، الذي نصَّ على أنّ (الشريعة الإسلامية والعرف مصدران رئيسيان للتشريع...)[21]، ثمّ استبدل الإجماع بالعرف في نصّ المادة الخامسة من دستور (2005م)[22].

وهكذا، يبدو التباين واضحاً في الدساتير العربية؛ بل إنّ هذا التباين تجاوز الإطار القُطري العربي[23] إلى الأفق الإسلامي، ومن ذلك ما جاء في الفقرة (ب) من المادة الأولى من الدستور الإندونيسي لسنة (1956م)، التي تنصُّ على أنّ كتاب الله وسنّة رسوله الكريم هما المرجع الأوّل والأعلى لنظام الجمهورية الإندونيسية، والمادة (118) التي تنصُّ على عدم مخالفة أحكام القضاء للشرع[24]، والدستور الباكستاني لسنة (1973م)، في قسمه التاسع، حيث نصّت المادة (221) على أنّه يجب العمل على التوفيق بين القوانين

17- من الدساتير التي ورد فيها هذا النص، دستور الصومال لسنة (1960م)، حيث نصَّ في مادته الخمسين على أنّ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع. يُنظر: الدكتور: شريف، عمر عادل، مرتبة مبادئ الشريعة الإسلامية في تدرج القواعد القانونية، مجلة المحامي، ليبيا، العدد رقم 31، 32، السنة 8، تموز - كانون الأول/ يوليو - ديسمبر 1990م، ص 50

18- يُنظر: دساتير البلاد العربية وثائق ونصوص، معهد الدراسات العربية العالية، جامعة الدول العربية، ص 144، 170. والدكتور: قزماخوري، يوسف، الدساتير في العالم العربي، ص ص 288، 307. والصائغ، نبيل، الأحكام الدستورية للبلاد العربية، ص 142

19- يُنظر: الدستور السوري لسنة 2012م: www.jadalyya.com.

20- ينظر: الدكتور قزماخوري، يوسف، الدساتير في العالم العربي، ص ص 346- 357

21- يُنظر: الصائغ، نبيل، الأحكام الدستورية للبلاد العربية، ص 115.

22- يُنظر: الدستور السوداني لسنة 2005م: www.ar.wikisorce.org.

23- يُنظر: دستور دولة اتحاد الجمهوريات العربية، دمشق، 1971م، مجلة الحقّ، اتحاد المحامين العرب، ع 3، س 2، أيلول/ سبتمبر 1971م.

24- يُنظر: الدكتور: الطبطبائي، عادل، النظام الدستوري في الكويت، ص 77

القائمة وبين التعاليم الإسلامية كما وردت في القرآن الكريم والسنّة، ولا يجوز سنّ أيّ قانون يتعارض مع هذه التعاليم[25].

وهو تبايُنٌ قد تكون له آثاره في إرادة المشرِّع؛ فمبادئ الشريعة الإسلامية في النص تُمكِّن المشرِّع من الاعتداد بمصادر أخرى، ولا تقيّده بجزئيات أحكام الشريعة الإسلامية؛ بل تحثُّه على مجرد الاستلهام من مبادئها فقط، ومصطلح الفقه الإسلامي يمكّنه من عدم التقيد بأحكام الشرع الإسلامي، ويخوّله الأخذ ولو بفتوى فقيه من الفقهاء بناءً على أنّ الفقه غير الشريعة الإسلامية[26].

ثانياً: المقصود بالشريعة الإسلامية في النصّ:

تَقدَّم أنّ الورقة لاتفرّق بين التشريع الإسلامي، والشريعة الإسلامية، في المقام، وأنّ التشريع الإسلامي، والشريعة الإسلامية، فيها بمعنى واحد، وحينما يتعلّق الأمر بالمقصود بالشريعة الإسلامية في النصّ، فإنه لايختلف عن المقصود بالتشريع الإسلامي.

أمّا حينما يتعلّق الأمر بالمقصود بالشريعة الإسلامية في النص الدستوري، فهناك آراء في تحديد هذا المعنى، وفي بيان المقصود بها، ومن هذه الآراء:

1 ـ الشريعة بمعنى النصوص:

وهذا الرأي يفسّر الشريعة الإسلامية بنصوص القرآن الكريم، والسنّة النبويّة، ويقف بها عند هذين النصين فقط.

ولأنّ القاعدة أنّ النصوص متناهية، والوقائع متجدّدة، (وهذه النصوص انتهت في تجدُّدها بوفاة الرسول محمد صلى الله عليه وسلم)؛ بل إنّ طابعها، حتى في زمن تجدُّدها، هو السكوت عن تقرير أحكام لكلِّ الوقائع، وعدم تناول كلّ الجزئيات بالتفصيل، حتى فُسِّر سكوتها، وعدم تفصيلها، بأنّه إذن من الشارع بالاجتهاد بما يتناسب مع ظروف الزمان والمكان، ويلائم الأصول الكلية للنصوص، فإنّ الوقوف بالشريعة الإسلامية عند النصوص، فحسب، يمكن معه تصوّر وجود وقائع لا حكم لها في هذه النصوص عملاً.

25- يُنظَر: الدكتور: شريف، عادل عمر، مرتبة مبادئ الشريعة الإسلامية في تدُّرج القواعد القانونية ومدى إمكان اعتبار هذه المبادئ مرجعاً للرقابة الدستورية، مجلة المحامي، ليبيا، العدد رقم 31، 32، السنة 8، تموز- كانون الأول/ يوليو - ديسمبر 1990 م، ص 50، 59 هامش1.

26- يُنظَر: التكاري، البشير، مكانة الشريعة الإسلامية في دساتير الدول العربية، المجلة القانونية التونسية، تونس، 1982م، ص 35. والدكتور: الطبطبائي، عادل، النظام الدستوري في الكويت، ص 75، هامش 1.

ولعلّ هذا المعنى نشأ في ظلّ التفرقة بين نصوص الشريعة وفقهها في درجة الإلزام، وهي تفرقة تقوم على أساس أنّ نصوص الشريعة، وهي القرآن الكريم والسنة النبوية، ملزمة. أمّا فقهها، وهو الأحكام التي يُتوصّل إليها بالاجتهاد، فغير ملزم، أو أنّه ليس في مستوى النصوص في درجة الإلزام[27].

2- الشريعة بمعنى الفقه:

ووفقاً لهذا الرأي، فإنّ الشريعة الإسلامية يُقصد بها الفقه الإسلامي، وهو تفسير يلوح بوضوح في المذكرة التفسيرية للدستور الكويتي لسنة (1962م)[28].

ولعلّ دافع هذا التفسير هو محدودية نصوص الشريعة، وثراء فقهها، أو هو تفسير لعام، وهو (الشريعة)، بخاص يندرج تحته، وهو (الفقه)؛ لأنّ الفقه، بوصفه الإسلامي، يعني استمداده من النصوص، وتطوّره في ظلّ مقاصدها.

3 ـ الشريعة بمعنى النظام القانوني:

النظام القانوني يرتكز على النص والاجتهاد، وتتسع أحكامه لكلّ الوقائع، ولا يقتصر على النص فحسب؛ بل يتناول الفقه أيضاً.

وتفسير الشريعة الإسلامية بالنظام القانوني هو ما ترتضيه المحكمة الدستورية العليا في مصر، بإشارتها إلى تقرير اللجنة المكلّفة بتعديلَ المادة الثانية من الدستور المصري لسنة (1980م)، الذي ينصُّ على أنّ المشرِّع: (إذا لم يجد في الشريعة الإسلامية حكماً صريحاً، فإنّ وسائل استنباط الأحكام من المصادر الاجتهادية في الشريعة الإسلامية تمكّن المشرِّع من التوصُّل إلى الأحكام اللازمة، والتي لا تخالف الأصول والمبادئ العامّة للشريعة)[29].

27- يُنظر: الدكتور: عوض، عوض محمد، مهمّة المشرِّع العربي في ضوء النصوص الدستورية، التي تجعل الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع، دراسات قانونية، بنغازي، المجلد3، س3، 1973م، ص 22

28- يُنظر: مجموعة التشريعات الكويتية، الجزء الخامس، الدستور الكويتي وقوانين أخرى، إعداد محمد رشود حمد الرشود، ص 65. والدكتور: قزماخوري، يوسف، الدساتير في العالم العربي، ص 422

29- يُنظر: هبة، أحمد، موسوعة مبادئ المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية، المبدأ 219، ص 132

ثالثاً ـ وصف المصدر بأنّه رئيسي أو الرئيسي:

يصف الدستور الكويتي لسنة (1962م)[30]، في مادته الثانية، الشريعة الإسلامية بأنّها مصدر رئيسي، وكذلك دستور اتحاد الجمهوريات العربية لسنة (1971م)، في مادته السادسة[31].

بينما يصفها الدستور القطري لسنة (1972م)، في مادته الأولى[32]، بأنّها المصدر الرئيسي، وهو الوصف نفسه الذي جاء في تعديل الدستور المصري لسنة (1980م).

وترتّب على ذلك مناقشة هذا الوصف في حالة وروده بالألف واللام، وفي حالة وروده بغير ذلك[33]، وبيان الآثار التي تترتّب على اختلاف الصيغتين[34]، وظهر أنّ في المسألة رأيين:

الرأي الأوّل: يرى عدم وجود فرق بين الصيغتين:

ووفقاً لهذا الرأي، لا يؤثّر اختلاف الصيغتين في الإلزام الناشئ عن النص[35]، ما دام الدستور لم ينصّ على مصدر آخر من المصادر، سواء أكانت الشريعة الإسلامية دستورياً المصدر الرئيسي، أم كانت مصدراً رئيسياً، فهي بالنسبة إلى المصادر الأخرى، التي لم يذكرها الدستور، في مرتبة أعلى وأسمى[36].

بل إنّ هناك وجهة نظر ترى أنّ مجرد تخصيص الشريعة الإسلامية بالنص يُفهم منه أنّها المصدر الرئيسي الوحيد، وأنّ ما سواها من المصادر الأخرى مرتبته ثانوية[37]؛ لأنّ القول بغير ذلك يجعل هذا التخصيص لا معنى له[38].

30- يُنظر: مجموعة التشريعات الكويتية، الجزء الخامس، الدستور الكويتي وقوانين أخرى، إعداد محمد رشود حمد الرشود، ص 13

31- يُنظر: الدكتور: قزماخوري، يوسف، الدساتير في العالم العربي، ص 602

32- يُنظر: الصائغ، نبيل، الأحكام الدستورية للبلاد العربية، ص 171

33- يُنظر: الدكتور: أبو المجد، أحمد كمال، تطبيق الشريعة الإسلامية الوضع الصحيح للمسألة، نقابة المحامين، الأردن، العدد 5، 6، السنة 35، أيار - حزيران/ مايو - يونيو 1987م، ص 813

34- يُنظر مقال الدكتور: وصفي، مصطفى كمال، حرب الألف واللام، المسلم المعاصر، لبنان، العدد 6، ربيع الثاني ـ جمادى الثانية 1396هـ/ نيسان - حزيران/ أبريل - يونيو 1976م، ص 101

35- يُنظر: الدكتور: فكري، فتحي، تعليق على اقتراح تعديل المادة الثانية من الدستور الكويتي، مع تقييم لبعض جوانب قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر بشأن المادة المقابلة من دستور (1971م)، مجلّة الحقوق، الكويت، العدد 4، السنة 18، جمادى الآخرة- 1415هـ/ كانون الأول/ ديسمبر 1994م، ص 324، 330. والدكتور: محمد، محمد عبد الجواد، توحيد القوانين في دول الخليج العربية عن طريق تقنين الشريعة الإسلامية، ص 19

36- يُنظر: الدكتور: الصالح، عثمان عبد المالك، مقترحات الحكومة وتصوّراتها حول تعديل الدستور الكويتي وموقف لجنة النظر في تنقيح الدستور منها، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، العدد 3، السنة 5، ذو القعدة 1401 هـ، أيلول/ سبتمبر 1981م، ص 65

37- يُنظر: الدكتور: شلبي، محمد مصطفى، تطبيق الشريعة الإسلامية بين المؤيّدين والمعارضين، ص 38

38- يُنظر: الدكتور: عوض، عوض محمد، مهمّة المشرع العربي في ضوء النصوص الدستورية التي تجعل الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع، دراسات قانونية، بنغازي، المجلّد 3، س 3، 1973م، ص 17

الرأي الثاني: يفرّق بين الصيغتين:

هذا الرأي تبنّته المذكرة التفسيرية[39] للدستور الكويتي لسنة (1962م)، حيث أشارت إلى أنّ وصف الرئيسي لو ورد في النص، لترتّب على ذلك عدم جواز الأخذ من مصدر آخر غير الشريعة الإسلامية، ممّا لها حكم فيه.

أما وقد جاء الوصف في المادة الثانية برئيسي، فيمكن للمشرِّع أن يأخذ حكم مسألة ما من القوانين الوضعية، كأن يأخذ بالقوانين الجزائية الحديثة مع وجود أحكام الحدود في الشريعة الإسلامية[40].

ويتجلّى الفرق ممّا ورد في المذكرة بين الصيغتين في درجة الإلزام؛ فصيغة «الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع» تُلزِم المشرّع بأن يستمدَّ أحكامه من الشريعة الإسلامية. أمّا صيغة: «الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي»، فهي لا تلزمه بذلك[41].

وممّا يدعم الرأي القائل بالفرق بين الصيغتين في درجة الإلزام[42]، أنّه لا يمكن القول (في حالة قيام المشرّع بتعديل النص كما حصل في مصر، مثلاً، عام (1980م)) إنّ مضمون النص قبل التعديل كما هو بعده[43]؛ لأنّ معنى ذلك أنّ التعديل لا معنى له، وهو ما ينزّه عنه المشرِّع الدستوري[44].

رابعاً ـ المقصود بالتشريع:

أُثيرت مسألة تحديد المقصود بالتشريع في النص بمناسبة الإشارة إلى اقتراح تعديل المادة الثانية من الدستور الكويتي، من صيغة (مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع)، إلى صيغة (مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع)، المشابهة للمادة الثانية من الدستور المصري لعام (1971م)، والمُعدّلة سنة (1980م)،

39- يُنظَر: الرأي القائل بإلزامية المذكرة التفسيرية، والرأي القائل بعدم ذلك، الدستور الكويتي ومذكرته التفسيرية تكييفها ومدى إلزامها، القسم الثاني، الدكتور: الباز، علي، مجلّة الحقوق، الكويت، العدد4، السنة10، ربيع الثاني 1407 هـ كانون الأول/ديسمبر 1986م، ص 217، 219، 309، 310. وتعليق على اقتراح تعديل المادة الثانية من الدستور الكويتي، مع تقييم لبعض جوانب قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر بشأن المادة المقابلة من دستور (1971م)، الدكتور: فكري، فتحي، مجلّة الحقوق، الكويت، العدد 4، السنة 18، جمادى الآخرة 1415 هـ، كانون الأول/ ديسمبر- 1994م، ص 326

40- يُنظَر: الدكتور: قزماخوري، يوسف، الدساتير في العالم العربي، ص 422، ومجموعة التشريعات الكويتية، الجزء الخامس، الدستور الكويتي وقوانين أخرى، إعداد محمد رشود حمد الرشود، ص 65

41- يُنظَر: مقترحات الحكومة وتصوراتها حول تعديل الدستور الكويتي، وموقف لجنة النظر في تنقيح الدستور منها، الدكتور: الصالح، عثمان عبد المالك، مجلّة الحقوق والشريعة، الكويت، العدد 3، السنة 5، ذو القعدة 1401 هـ، أيلول/ سبتمبر 1981م، ص 66.

42- يُنظر: الدكتور: الطبطبائي، عادل، النظام الدستوري في الكويت، ص 79

43- يُنظَر: الدكتور: جمال الدين، سامي، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، ص 138

44- يُنظَر: الدكتور: شريف، عادل عمر، مرتبة مبادئ الشريعة الإسلامية في تدرج القواعد القانونية ومدى اعتبار هذه المبادئ مرجعاً للرقابة الدستورية، مجلة المحامي، ليبيا، العدد رقم 31، 32، السنة 8، تموز- كانون الأول/ يوليو - ديسمبر1990م، ص 63

وظهر، من خلال هذه الإشارة، أنّ هناك من يرى أنّ المقصود بالتشريع هو التشريع العادي فحسب، وليس التشريع الأساسي.

ووفقاً لهذا الرأي، الخطاب موجّه إلى المشرِّع العادي، فهو المُلزَم، بمقتضى النص، بأن تكون الشريعة الإسلامية مصدره في التشريع.

ويقابل هذا الرأي رأي آخر يرفض تفسير التشريع بالتشريع العادي فحسب؛ بل يراه عامّاً في التشريع، ويستند، في رفضه، إلى مبررات منها: أنّ مصطلح التشريع ورد مطلقاً في النص، وخالياً من وصفه بالأساسي أو العادي، والأصل بقاء المطلق على إطلاقه[45].

خامساً ـ الجهة المعنية بالخطاب في النص ودرجة الإلزام به:

يذهب اتجاه في الفقه إلى أنّ الخطاب في النص الدستوري موجّه إلى المشرِّع لا إلى القضاء، فهو، بذلك، يُلفِت نظر المشرِّع إلى وجوب استلهام قواعده ممّا تقرّره الشريعة الإسلامية[46].

وهذا ما تؤكّده مبادئ المحكمة الدستورية العليا في مصر، حينما قرّرت أنّه (يتبيّن من صيغة العبارة الأخيرة من المادة الثانية من الدستور، بعد تعديلها بتاريخ 22 مايو سنة 1980م، أنّ المشرع الدستوري أتى بقيد على السلطة المختصة بالتشريع قوامه إلزام هذه السلطة، وهي بصدد وضع التشريعات بالالتجاء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لاستمداد الأحكام المنظّمة للمجتمع)[47].

واعتنقته المحكمة العليا في ليبيا أيضاً؛ إذ قرّرت أنّ النص كما هو موجّه إلى الكافة، فهو موجّه، على وجه الخصوص، إلى المشرِّع[48].

ويقابل هذا الاتجاه اتجاه آخر يرى أنّ القضاء معنيّ بالخطاب أيضاً، فكما أنّ المشرِّع مُلزَم بأحكام الشريعة الإسلامية، فإنّ القاضي مُلزَم بإرادة المشرِّع المُلتزِمة بأحكام الشريعة الإسلامية.

45ـ يُنظَر: الدكتور: فكري، فتحي، تعليق على اقتراح تعديل المادة الثانية من الدستور الكويتي مع تقييم لبعض جوانب قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر بشأن المادة المقابلة من دستور 1971م، مجلة الحقوق، الكويت، العدد 4، السنة 18، جمادى الآخرة 1415هـ، كانون الأول/ ديسمبر 1994م، ص 281، 289. والدكتور: متولي، عبد الحميد، الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، ص 23

46ـ يُنظَر: الدكتور: نجيدة، على حسين، مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر، ص 63. والدكتور: عوض، عوض محمد، مهمّة المشرِّع العربي في ضوء النصوص الدستورية التي تجعل الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع، دراسات قانونية، بنغازي، المجلد 3، 1973م، ص 16، والمذكرة التفسيرية للدستور الكويتي لسنة 1962م في مجموعة التشريعات الكويتية، الجزء الخامس، الدستور الكويتي وقوانين أخرى، إعداد محمد رشود حمد الرشود، ص 65

47ـ يُنظَر: هبة، أحمد، موسوعة مبادئ المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية، مبدأ رقم 219، ص 132

48ـ الطعن المدني رقم 3، لسنة 36 قضائية، جلسة 1990/12/2م.

يُنظَر: مجلة المحكمة العليا، ليبيا، العدد 1، 2، السنة 25 تشرين الأول/ أكتوبر 1988م ـ كانون الثاني/ يناير 1989م، ص ص 139، 140

وفيما يتعلّق بقوّة درجة الإلزام في الخطاب، فهناك مَن يرى أنّ الخطاب على سبيل التوجيه، وهو رأيٌ تبنّته المذكرة التفسيرية لدستور الكويت لعام (1962م)[49].

وهناك من يرى أنّ الخطاب ورد مورد الإلزام والوجوب[50]، ولم يرد مورد الإرشاد والتوجيه، تأسيساً على طبيعة النص الدستوري من جهة، وعلى صياغته وسياقه من جهة أخرى[51]، وهو رأي أخذت به المحكمة الدستورية العليا في مصر[52].

سادساً ـ الآثار المترتّبة على النص في التشريع السابق عليه:

من أهمِّ الإشكاليات المترتّبة على النص الدستوري القاضي بأنّ الشريعة الإسلامية مصدر للتشريع، ما يتعلّق بالكم التشريعي السابق على هذا النص، فإذا كان التشريع اللاحق ينبغي الالتزام فيه بمقتضى النص، وهو عدم مخالفته لأحكام التشريع الإسلامي، فالكم التشريعي السابق قد يكون موافقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وقد لا يكون موافقاً لها، وفي حالة عدم الموافقة، ما موقف المشرِّع من هذا الكم ؟ (وهو المعني بالخطاب، ولاسيما إذا كان على سبيل الوجوب)، أَيمكن له الإبقاء عليه كما هو، أم أنه ملزم بالتدخل لمراجعته وتعديله بما يتفق والمبدأ الدستوري الجديد ؟

وإذا تقرّر إلزام المشرِّع بالمراجعة بقصد تحقيق الملاءمة، فهل هناك جزاء يمكن توقيعه في حالة قعوده عن أداء مهمّته المنوطة به؟

وهكذا، ومن خلال عرض بعض الإشكاليّات، التي ترجع إلى النصِّ على مكانة للتشريع الإسلامي في الدساتير العربية، يتبيّن أنّ مجرد النصِّ على المكانة لا يأتي خالياً من الإشكاليات، وإنّما يحمل معه إشكالياته، التي قد تجعل الدساتير التي نصّت على المكانة، والدساتير التي لم تنصّ عليها، سواءٌ في سياق

49- يُنظَر: مجموعة التشريعات الكويتية، الجزء الخامس، الدستور الكويتي وقوانين أخرى، إعداد محمد رشود حمد الرشود، ص 65.

50- يُنظَر: العشماوي، محمد سعيد، أصول الشريعة، ص 184، 186، 187. والدكتور: الطبطبائي، عادل، النظام الدستوري في الكويت، ص 77، 78

51- يُنظَر: الدكتور: عوض، عوض محمد، مهمّة المشرِّع العربي في ضوء النصوص الدستورية التي تجعل الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع، دراسات قانونية، بنغازي، المجلد 3، 1973م، ص 25. والدكتور: شريف، عادل عمر، مرتبة مبادئ الشريعة الإسلامية في تدرج القواعد القانونية، مجلة المحامي، ليبيا، العدد 31- 32، السنة 8، تموز - كانون الأول/ يوليو - ديسمبر 1990م، ص ص 55، 56

52- يُنظَر: هبة، أحمد، موسوعة مبادئ المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية، مبدأ: 219، ص 132

الإشكاليات، والاختلاف بينهما، يظهر في نوع هذه الإشكاليات[53]؛ بل قد تبدو الدساتير التي لم تنصّ على المكانة، لأول وهلة، في وضع أقلّ إشكالياتٍ من تلك التي نصّت، ولم ترتّب على النص آثاره[54].

ولعلّ الإشكالية لا تكمن في النص من عدمه؛ بل تكمن في الكيفية التي يتمُّ التعامل بها مع التشريع الإسلامي عند صياغة هذه الدساتير، وهو ما سيكون موضع حديثٍ في المطلب الثاني الذي خُصِّص للحلول.

المطلب الثاني: في الحلول

تبيّن في المطلب الأوّل أنّ النصَّ على مكانة للتشريع الإسلامي في الدساتير العربية والإسلامية له إشكاليّاته، التي من أهمّها ما يرجع إلى التباين في صيغ النص، والمقصود بالتشريع الإسلامي فيه، ووصفه بأنّه مصدر رئيسي أو الرئيسي، والمُراد بالتشريع الذي يكون التشريع الإسلامي مصدراً له، والجهة المعنيّة بالخطاب في النص، ودرجة الإلزام به، والآثار المترتّبة على النص في التشريع السابق عليه.

ولا يُفهَم من الإشارة إلى هذه الإشكاليات، في هذه الورقة، أنّ الأمر يقف عند هذا الكمّ من الإشكاليات، أو أنّ تناولها باستثارة الإشكاليات المتعلّقة بها، واقتراح منهجية لحلولها، فيه دعوة إلى عدم دسترة التشريع الإسلامي بعدم النصِّ عليه، كما قد يتبادر إلى بعض الأذهان؛ بل إنّ الورقة تؤكّد دسترة التشريع الإسلامي، باقتراح منهجية لهذه الدسترة، وتحاول الإجابة عن تساؤلات منها: هل مجرد النصِّ على المكانة يكفي في الاحتكام إلى التشريع الإسلامي؟ وهل يمكن صياغة الدستور تأسيساً على أحكام هذا التشريع (وهو ما يُستشفُّ من مقاصد أرضية هذه الندوة)؟ وكيف يكون التشريع الإسلامي مصدراً للدستور؟

ومع أنّ الاجتهاد الفقهي تتبّع هذا النوع من الإشكاليات، وأعطاها قدراً من العناية يمكن تجسيدها في تقديم مقترحات ترجع إلى النص الدستوري، وتفسير أسباب هذه الإشكاليات[55].

53- يُنظَر: الدكتور: عطية، صلاح الدين حافظ، الاتجاهات العامّة المعاصرة في تعديل النظم القانونية العربية، مجلة الشريعة والقانون، صنعاء، العدد 3، آذار/ مارس 1981م، ص 143

54- يُنظَر: عثمان، محمد فتحي، في الصعوبات التي تواجه هذا النوع من الدساتير: قبل تقنين أحكام الشريعة كأساس لتطبيقها، المسلم المعاصر، لبنان، العدد 11، رجب - رمضان 1397هـ، تموز – أيلول/ يوليو - سبتمبر 1977م، ص 77

55- يُنظَر: في تفسير الاجتهاد الفقهي لأسباب هذه الإشكاليّات وبواعثها، والتركيز على أهمّها، وهو ما يرجع إلى عدم إنصاف القيمة الدستوريّة للتشريع الإسلامي، والتأثُّر بالمعايير الوافدة في تصنيف الدولة. الدكتور: محسن، صالح الطيب، القيمة القانونية في الشريعة الإسلامية ومكانتها في الخطاب القانوني العربي، محاولة تأطير وتقييم، مجلس تنمية الإبداع الثقافي، بنغازي، ليبيا، ط1، ص ص 453، 454 وما بعدهما.

ولعلّ من الإنصاف القول: إنّ الفقه، كما اجتهد في تقديم الحلول، وتفسير الأسباب، تأثّر بالإشكاليّة، ووقع تحت وطأتها أيضاً، إن لم يُسهم في ترسيخها. فهو والتشريع شركاء في ذلك، إلّا أنّ الاجتهاد الفقهي أخذ يتوجّه نحو تقديم المقترحات، التي من أهمها:

1 ـ النفاذ الذاتي والأثر المباشر للنصّ على المكانة:

ومضمون النفاذ الذاتي والأثر المباشر للنص هو الاعتراف لأحكام التشريع الإسلامي بقوّة إلزامية ذاتية في ظلّ النص؛ أي أنّ هذه الأحكام واجبة الإعمال والنفاذ، ويترتّب على ذلك:

أـ الالتزام بأحكام التشريع الإسلامي في التشريع، دستوريا كان أو عادياً، أو فرعياً.

ب ـ إلزام القاضي بهذه الأحكام أيضاً.

ج ـ اعتبار جميع التشريعات السابقة المخالفة له باطلة، وملغاة.

وممّا يستند إليه هذا المقترح درجة الإلزام التي يتمتّع بها التشريع الإسلامي

في ضمير المجتمع[56]، أو ما يمكن تفسيره بالتعويل على الجانب الموضوعي في الدستور.

2 ـ التفرقة بين نوعين من أحكام التشريع الإسلامي عند الأخذ بالأثر المباشر للنص:

النوع الأوّل: أحكام تضمنتها نصوص قطعية الثبوت، والدلالة من القرآن الكريم، والسنّة النبويّة، أو تحقّق بشأنها الإجماع.

النوع الثاني: أحكام اجتهادية.

فأحكام النوع الأوّل تكون نافذة بذاتها، وملزمة بالنسبة إلى المشرِّع، والقاضي، والمفتي، والمحكِّم، ويمكن الطعن في التشريع السابق المُخالِف لها بعدم الدستورية؛ لأنّها ملزمة، وليست محلاً للاجتهاد.

أمّا الأحكام الاجتهادية، فهي التي تترك لتدخّل المشرِّع، ويمكن التعويل عليه بشأنها[57].

وهذا الرأي أقرب إلى الأخذ به من سابقه، مع ما فيهما من إشكاليات يكشف عنها العمل.

56ـ يُنظَر: الدكتور: جمال الدين، سامي، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، ص ص 143، 156

57ـ يُنظَر: الدكتور: شريف، عادل عمر، مرتبة مبادئ الشريعة الإسلامية في تدرج القواعد القانونية، ومدى إمكان اعتبار هذه المبادئ مرجعاً للرقابة الدستورية، مجلة المحامي، ليبيا، العدد رقم 31، 32، السنة 8، تموز ـ كانون الأول/ يوليو ـ ديسمبر 1990م، ص 58

3 ـ اعتماد أحكام التشريع الإسلامي مصدراً للقواعد الدستورية [58]:

ومقتضى هذا المقترح استمداد القواعد الدستورية من التشريع الإسلامي، وكذلك قواعد التشريع العادي والفرعي، وعدم الاكتفاء بمجرد النصّ في الدستور على عدم مخالفة التشريع لأحكام التشريع الإسلامي؛ لأنّ هذا النص قد لا يعني أنّ الدستور نفسه منسجم مع أحكام هذا التشريع. فقد يكون مخالفاً له، وفي هذه الحالة قد يبرز تناقض يتلخّص في أنّ التشريع العادي والفرعي، إذا وافقا أحكام التشريع الإسلامي، يكونان قد خالفا الدستور، وإذا وافقا الدستور، يكونان قد خالفا أحكام التشريع الإسلامي[59].

وتجسيداً لهذا المقترح، تمّ إعداد مشاريع إعلانات دستورية كاملة، من أهمّها:

1- مشروع الدستور الإسلامي، الذي أعدّه مجمع البحوث الإسلامية في الأزهر عام (1978م)، استجابةً لتوجيهات المؤتمر الثامن لمجمع البحوث الإسلامية عام (1977م)[60]، في مئة وإحدى وأربعين مادّة.

وممّا نصّ عليه هذا المشروع أنّ كلّ ما قرّرته القوانين واللوائح من أحكام، قبل صدور هذا الدستور (في حال صدوره طبعاً) يبقى صحيحاً ونافذاً، ومع ذلك يجوز إلغاؤها وتعديلها وفقاً للقواعد والإجراءات المقرّرة في هذا الدستور (المادة 140).

2- مشروع وضعه الدكتور مصطفى كمال وصفي عام (1980م)، وجاء في مادّته السادسة: (أنّ الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي للتشريع...)، وجاء المشروع في 74 مادّة.

3- مشروع الإعلان الدستوري الإسلامي، الذي أعدّه المستشار علي جريشة عام (1984م) في تسع وأربعين مادّة[61].

وغير خفيّ أنّ قيمة مثل هذه المشاريع[62] قد لا تتجاوز حدَّ الاستئناس بها، لكنّها تطرح أفكاراً يمكن مناقشتها.

58- يُنظَر: الدكتور: متولي، عبد الحميد، الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، ص ص 22، 23. والدكتور: نجيدة، علي حسين، مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر، ص 78

59- يُنظَر: الدكتور: الطبطبائي، عادل، النظام الدستوري في الكويت، ص 80

60- يُنظَر: الجندي، عبد الحليم، حول صياغة الدستور الإسلامي، مجلّة إدارة قضايا الحكومة، مصر، العدد 4، السنة 23، تشرين الأول – كانون الأول/ أكتوبر ـ ديسمبر 1979م، ص 5

61- يُنظَر: هذه المشاريع:

جريشة، علي، إعلان دستور إسلامي، ص 40، 79، 9، مع إشارة إلى أنموذج الدستور الإسلامي، الذي أقرّه المجلس الإسلامي العالمي في إسلام أباد عام (1983م)، والذي تنصّ الفقرة (ب) من مادته الأولى على أنّ الشريعة، متمثلة في الكتاب والسنّة، مصدر التشريع، يُنظَر: ص 121

62- من هذه المشاريع، مشروع أعدّه الدكتور أحمد حمد سنة (1987م) في (178 مادّة، جاء في مادته الثانية أنّ الإسلام دين الدولة، ونصوص القرآن والسنّة هما المصدر الأساسي لكلّ تشريع، يُنظَر: الدكتور: حمد، أحمد، نحو دستور موحّد للأمة الإسلامية، ص 15، 21

وبنظرة في الحلول السابقة، سواء ما تعلّق منها بالنصوص الحالية النافذة، مثل: النفاذ الذاتي والأثر المباشر للنصّ على المكانة، واعتبار التشريع الإسلامي قانوناً واجب التطبيق، أو استبدال العبارات داخل الصيغ من مصدر للتشريع إلى مصدر للدستور، أو ما تعلّق منها باقتراح نصوص كاملة، فإنّ الإشكاليّة، فيما يبدو، ستبقى قائمة ومرتهنة بتدخُّل المشرِّع، ولن تختفي إلا إذا تدخّل فعلاً، وتبنّى ذلك في صياغة الوثيقة الدستورية المنهجية التي تُبنى في نصّها وفحواها على أسس التشريع الإسلامي وفقاً لمقتضيات العصر.

ولا يمكن تجاهل دور القضاء في الشأن، فقد يكون له دور، ولو بممارسة رقابة الامتناع على الأقل، حينما يكون له الحق في ذلك[63]، فيمتنع عن تطبيق النصوص المخالفة للتشريع الإسلامي، ولا يستند عليها في أحكامه.

ولهذا، فإنّ هذه الورقة لا تعوّل كثيراً على الرأي الأوّل الذي يقول بالنفاذ الذاتي لأحكام التشريع الإسلامي، ولا ترى في مجرّد النص على المكانة حلّاً للإشكاليات، وتقترح منهجية تقوم على الجمع بين الرأيين الآخرين، وهما التمييز بين ما كان دليله قطعيَّ الثبوت، والدلالة من أحكام التشريع الإسلامي، وما كان دليله ظنيّاً في ثبوته أو دلالته، وصياغة الوثيقة الدستورية تأسيساً على أحكام التشريع الإسلامي، ووفقاً لمقتضيات العصر.

بل إنّها ترى أنّ النصَّ على مكانة التشريع الإسلامي في الوثيقة الدستورية، بهذا الشكل، غير دقيق، في أقلّ تقدير، حينما يتعلّق الأمر بدساتير الدول العربية والإسلامية، وذلك لأنّه فضلاً عن إشكالياته (المشار إليها) يرد عليه ما يأتي:

1 ـ يوحي بأنّ الدستور في هذه الدول شيء، والتشريع الإسلامي شيء آخر. فهناك دستور، وهناك تشريع إسلامي له مكانة في هذا الدستور أيّا كانت هذه المكانة، ويتطلّب إيجاد نصّ في الدستور يحدّد هذه المكانة، وهذا النوع من النصوص –استقراءً- جلب تبايناً في الدساتير العربية، ونقاشاً عقيماً في الفقه الدستوري، لعلّ من أهم مظاهره ما يتعلّق بالمكانة، أَهي أساسية أم الأساسية، أو ما عُرِفَ بإشكالية (الألـ) في الدساتير العربية.

63ـ ينظر بسط الفكرة: الدكتور: اعبودة، الكوني علي، في رقابة صحة التشريع في ليبيا، المحامي، ليبيا، العدد 13، السنة 4، كانون الثاني – آذار/ يناير ـ مارس 1986م، ص 58

2 ـ لعلّه مرتبط بمرحلة ينبغي أن تتجاوزها دساتير الدول العربية والإسلامية، وهي مرحلة استنساخ التشريع عامّةً عن الآخر[64]، الذي قد لا يرى ضرورة أو مصلحة لمكانة التشريع الإسلامي في دستوره، وأنّ مصالح المخاطبين بالدستور تتحقّق حتى خارج هذه المكانة تأسيساً على الاختلاف في النظرة إلى الكون والحياة.

3 ـ تحديد المكانة تتفاوت فيه الدول العربية والإسلامية، فهو قد يناسب الدول التي فيها أقلّيات غير إسلامية ترى أنّ لها مصلحة في غير التشريع الإسلامي، وهنا قد تظهر الحاجة إلى تحديد هذه المكانة. أمّا المجتمعات التي تتمتّع بوحدة عقدية، وإجماع على الانقياد لأحكام التشريع الإسلامي؛ فلعلّ الحديث عن مكانة للتشريع الإسلامي في دساتيرها يصنّف في نقل إشكاليات ومتطلّبات مجتمعات أخرى، لزرعها وتوطينها في هذه المجتمعات.

4 ـ قد يُفضي عن غير قصد (وربما بحكم مجاراة الواقع) إلى مساواة التشريع الإسلامي بغيره في المكانة، وربما التقليل من قيمته القانونية عامّةً، التي تتجسّد في ثوابته ومتغيّراته، وفي ثراء مصادره، ويرسّخ تجاهلاً لطبيعته في: درء المفاسد عن المخاطبين به، وجلب مصالحهم، والانفتاح عن التجارب الإنسانية بضوابط ومقاصد، ويلغي العمر التاريخي لسوابقه الدستورية، التي تبدأ بدستور المدينة، الذي أسّس عليه الرسول -صلّى الله عليه وسلّم- مجتمع المدينة[65]، مروراً بمواكبة متطلّبات حضارة إنسانية في الشرق والغرب الإسلامي عبر أربعة عشر قرناً من الزمن.

5 ـ الأساس الذي تُبنى عليه الدساتير، غالباً، في جانبها الموضوعي، هو **(التوافق)**، ولعلّ من أسّس هذا التوافق ما أرساه التشريع الإسلامي من أحكام في الاعتقاد والسلوك.

6 ـ الرأي العام في الدول العربية والإسلامية، مدعوماً بالبحث العلمي، يؤكّد الالتزام بأحكام التشريع الإسلامي. وتعمل، في بعض هذه الدول، لجانٌ متخصّصة على مراجعة التشريعات النافذة، بما لا يُخالف أحكام التشريع الإسلامي.

وترى أنّ ممّا يُقترح مراعاته فيما يتعلّق بالتشريع الإسلامي (عند صياغة الوثيقة الدستورية): بناء هذه الوثيقة على أساسين:

الأوّل: ألا تخالف نصوصُ الوثيقة ثابتاً من ثوابت التشريع الإسلامي، ممّا هو قطعي الثبوت، وقطعي الدلالة. وبلغة المصالح ألّا تحمي مصلحة ملغاة، أو تهمل مصلحة معتبرة شرعاً.

64- ينظر: الدكتور: أمحزون، محمد، ماذا خسر العالم بترك الشريعة الإسلامية، ص 79، والشيخ: ابن عاشور، محمد الفاضل، قضايا التشريع الإسلامي في العصر الحاضر، ص ص 7، 8

65- يُنظر: الدكتور: محسن، صالح الطيب، وثيقة المدينة الوثيقة القانونية الأولى في الإسلام: قيمتها الدستورية وأثرها في ترسيخ مبدأ السياسة الشرعية (قانون المستجدات)، مجلة القانون، كلية القانون، جامعة طرابلس، ع 3، 2011 - 2012م، ص 197

الثاني: الاختيار من متغيّراته ممّا هو قطعي الثبوت، وظنّي الدلالة، أو ظنّي الثبوت والدلالة معاً، بما يدرأ المفاسد، ويجلب المصالح في يسر، واعتدال، استجلاباً لسماحة التشريع الإسلامي، ووسطيّته في تحقيقها لمصالح المخاطبين به، ودرءاً لما يُخالِف ذلك من تعسُّف، وتحيُّز، وتطرُّف، وهيمنة، وتسلُّط، وتحكُّم.

فالتشريع الإسلامي، حينما يتعلّق الأمر بالدستور، ثابت ومتغيّر[66]، فالثابت أساسيّ لا يمكن مخالفته، أو المساس به، والمتغيّر يُعطي فرصة الاختيار منه وفقاً لمتطلبات المخاطبين بالتشريع في الزمان والمكان. وبعبارة أخرى: إنّ الثابت دستوري بثبوته، والمتغيّر دستوري باختياره[67].

ويمكن الوصول إلى إدراك الثابت والمتغير في التشريع الإسلامي، من خلال نظرات عدّة، لعلّ من أهمها: نظرة في التشريع الإسلامي بحسب أدلته، أو مصادر أحكامه، وبحسب العلاقة التي ينظمها، وبحسب مقاصده، أو المصالح التي يحميها، فضلاً عن أقسام أحكامه، وعن أقسام الجريمة والعقوبة فيه. فهذه النظرات وغيرها تكشف عن الثابت والمتغير في التشريع الإسلامي بجلاء ووضوح. ولعلّ الورقة لا تتّسع لكلّ هذه النظرات[68]، ما يجعلها تنتقي منها ما يعين على توضيح الفكرة من خلال نظرتين إحداهما ترجع إلى منظومة الأدلة، أو منهجية الوصول إلى الحكم الشرعي، والأخرى ترجع إلى فقه المصالح التي تحميها أحكام التشريع الإسلامي:

1 ـ نظرة في منظومة أدلة الحكم الشرعي أو مصادره:

إنّ من ينظر إلى التشريع الإسلامي، بحسب أدلة أحكامه أو مصادرها، سيجد أنّ من أهمّ أقسام هذه الأدلة تقسيمها بحسب حجّيتها إلى أدلّة متّفق عليها، وأدلّة غير متّفق عليها، وأنّ الأدلة المتّفق عليها تتدرج بحسب حجيّتها من القرآن الكريم، فالسنّة النبوية، فالإجماع، ثمّ القياس، ولعلّ الاتفاق عليها يقود إلى القول بالثبات. أمّا الأدلة غير المتفق عليها، فلسنا في حاجة إلى وقفة عندها للقول إنّ الأحكام المستنبطة منها من الثوابت في هذه العجالة، فهي، في حدّ ذاتها، ليست موضع اتفاق، ولعلّ عدم الاتفاق يقود إلى القول بالتغيّر.

66- يُنظر في الثابت والمتغير:

أ- الدكتور: جمعة، علي، الثابت والمتغير في الشريعة الإسلامية: www.alwatan.com

ب- الدكتور: الربابعة، محمد حسن محمد، تاريخ مدرسة الثابت والمتغير في الفقه الإسلامي، موقع حركة التوحيد والإصلاح، المغرب.

جـ- الشيخ: المبلغي، أحمد (إعداد)، الثابت والمتغير في الفقه الإسلامي، قراءة في جهود الخطاب النهضوي، موقع مجلة نصوص معاصرة، مركز البحوث المعاصرة، بيروت.

67- يُنظر: الدكتور: محسن، صالح الطيب، كيف تكون الشريعة الإسلامية مصدراً للدستور (محاضرة)، محاضرات الموسم الثقافي 2011 - 2014م، الدستور الذي نريد، سلسلة الدراسات العامة 19، المركز الليبي للمحفوظات والدراسات التاريخية، 2014م، ص 395

68- يُنظر: الدكتور: محسن، صالح الطيب، الثابت والمتغير في ظلّ القاعدة الدستورية الشريعة الإسلامية مصدر للتشريع (محاضرة)، الأربعاء 2011/11/2م، كلية القانون، جامعة طرابلس، والخميس 2012/1/12م، المسرح التعليمي، زليتن، برعاية نادي اليراع الثقافي، وكيف تكون الشريعة الإسلامية مصدراً للدستور (محاضرة)، محاضرات الموسم الثقافي، 2011 - 2014م، الدستور الذي نريد، سلسلة الدراسات العامة 19، المركز الليبي للمحفوظات والدراسات التاريخية، 2014م، ص 395

وعليه، إذا تعلّق الأمر بالقرآن الكريم، وهو الدليل الأوّل، فسنجد في مقام التشريع ما يأتي:

أ ـ أكثر من تسعين في المئة من نصوص القرآن الكريم لا ترسي أحكاماً عملية، فضلاً عن وصف هذه الأحكام بالثبات أو التغير؛ فآيات الأحكام، كما يشير علماء علوم القرآن، في حدود الخمسمئة[69] من أصل آيات القرآن الكريم، التي تتجاوز الستة آلاف آية.

ب ـ نصوص القرآن الكريم قطعيّة في ثبوتها. أمّا في دلالتها على الحكم، فبعضها قطعيّ، كقوله تعالى في عقوبة الزاني:]الزانية والزاني فاجلدوا كلّ واحد منهما مائة جلدة[[70]، وبعضها الآخر ظنيّ، كسبيل المؤمنين في قوله تعالى:]ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبيّن له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين[[71].

وإذا تعلّق الأمر بالسنّة النبوية، وهي الدليل الثاني، فسنجد في مقام التشريع ما يأتي:

أ ـ السنّة، في اصطلاح الشرعيين، لا تُطلق إلا على ما له صلة بالحكم الشرعي ممّا نُقِل عن الرسول -صلى الله عليه وسلم- من قول، أو فعل، أو تقرير، فهي، بهذا المعنى، أخصّ من السنّة في اصطلاح المحدثين.

ب ـ المتواتر منها قطعيّ الثبوت، وغير المتواتر ظنيّ في ثبوته. أمّا من حيث الدلالة على الأحكام، فقد تكون ذات دلالة قطعية أو ظنيّة.

ج ـ السنّة، التي تفيد القطع واليقين، هي السنة المتواترة. أمّا غير المتواترة (مشهورة كانت أم سنّة آحاد)، فإنّها تفيد الظن.

د ـ علماء أصول الفقه ميّزوا بين أفعاله -صلى الله عليه وسلم- أو تصرفاته الجبلية، وما كان من خصوصيّاته، ممّا لا علاقة له بالتشريع، وبين ما له صلة من تصرّفاته بالتشريع أو الاقتداء.

وهذا الأخير ميّزوا فيه بين ما جاء بياناً للقرآن الكريم، وبين ما يدخل في التأسّي به.

وإذا تعلّق الأمر بالإجماع، وهو الدليل الثالث، فسنجد في مقام التشريع ما يأتي:

69- يُنظَر: الدكتور: الزحيلي، وهبة، القرآن الكريم بنيته التشريعية وخصائصه الحضارية، ص 16

70- سورة النور، الآية: 2

71- سورة النساء، الآية: 114

أ ـ الإجماع، بمعناه الاصطلاحي، نـادر الوقوع، لاسيّما في عصرنا الحاضر، أو هكذا يقول المتخصّصون.

ب ـ الإجماع، الذي يفيد القطع واليقين، في حالة حصوله، هو الإجماع الصريح. أمّا الإجماع السكوتي، فهو دون ذلك.

وإذا تعلّق الأمر بالقياس، وهو الدليل الرابع، فسنجد في مقام التشريع من ينكر اعتباره دليلاً. فمع أنّ جمهور الفقهاء يقولون بالقياس، هناك اتجاه فقهيّ ينكره من أصله، كالفقه الظاهري، أو أنّه لا يتجاوز حدود الكشف عن الحكم إلى إنشائه. وهناك من يقول بعدم جريانه في بعض الأحكام كالحدود، والكفّارات، والمقدرات، والرخص، كالفقه الحنفي[72].

ومعنى ذلك أنّ هذه الأدلة مع اتفاق العلماء عليها في استنباط الحكم الشرعي، فالأحكام الشرعيّة المستنبطة منها ليست سواء في قطعيتها، أو في درجة الإلزام بها، إن صحّت العبارة، أو ليست ثابتة كلّها بلغة الثابت والمتغير، أو غير أساسية بالمعنى الدستوري الموضوعي.

فالقدر الثابت من الأحكام، في ظلّ القرآن الكريم، ما كان دليله قطعيّ الدلالة، ممّا له صلة بالأحكام الشرعية، والثابت، في ظلّ السنّة النبوية، هو ما كان دليله متواتراً، والقدر الثابت، في ظلّ الإجماع، هو ما كان ثابتاً بالإجماع الصريح في حالة حصوله، والمتغير قد يبدأ بما ثبت بالقياس مروراً بالأدلة غير المتفق عليها كالعُرف، والمصالح المرسلة، وسد الذرائع، والاستحسان، إلى غير ذلك من الأدلة غير المتفق عليها. مع الأخذ في الاعتبار أنّ الثابت إذا كان يعني الأحكام الأساسية للشريعة الإسلامية، فإنّ المتغير يعني ثراء الشريعة، ومرونتها، وقابلية أحكامها للتطبيق في كلّ زمان ومكان، ولا يعني، كما قد يتبادر إلى بعض الأذهان، أنّها غير شرعية؛ بل هي شرعية، ولكن من نوع خاص، وذات طبيعة خاصّة في الشأن الدستوري.

2 ـ نظرة في المصالح التي تحميها أحكام الشريعة الإسلامية:

من يتأمّل فقه المصالح في الشريعة الإسلامية يمكنه تقسيم المصالح، بالنظر إلى شرعيتها، إلى قسمين:

72- ينظر: الألتونجي، عبد الوهاب، القياس، مجلة القضاء والتشريع، تونس، ع 8، س 18، 1976م، ص 51. حيث يبيّن أثر القياس في القوانين المدنية، وفي القوانين الجزائية، أيضاً، عند من يأخذ به، كالشافعي، وانسجام وجهة نظر الأحناف في عدم الأخذ به مع القوانين الجزائية في الوقت الحاضر.

الأوّل: مصالح منصوص عليها تشريعياً، وقام الدليل على اعتبارها، كحفظ النفس، والعرض، أو على إلغائها، كمصلحة المرابي، ومصلحة الأخت في المساواة المطلقة بأخيها في الإرث.

الثاني: مصالح مسكوت عنها تشريعياً، فلا قام دليل على اعتبارها، ولا على إلغائها، وهي التي عرفت بالمصالح المرسلة؛ أي التي أرسلت عن الدليل.

وبلغة الثابت والمتغير، المصالح، التي قام الدليل على اعتبارها، ثابتةٌ في الأخذ بها ومراعاتها، والتي قام الدليل على إلغائها ثابتةٌ في عدم الأخذ بها، وعدم مراعاتها؛ أي إن الأحكام المتعلقة بها ثابتة أخذاً أو تركاً.

أمّا المصالح المسكوت عنها، كمصلحة الخطيبين في قراءة خريطتهما الجينية، أو التعرّف إلى مدى توافق فصيلة الدم عند كلٍّ منهما، أو التعامل بالبطاقات الائتمانية، أو اختيار شكل من أشكال الحكم الديمقراطي في تطبيق الشورى، وإرساء العدل، فهي مصالح متغيرة، والأحكام المتعلقة بها تدخل في القدر المتغيّر من أحكام التشريع الإسلامي.

وإذا كان الثبات يعكس الأحكام الأساسية في التشريع الإسلامي، فإنّ المتغير يعكس الأحكام الشرعية ذات الطبيعة الخاصّة في الثراء، والمساحة التشريعية التي تستحضر فيها إرادة المخاطبين بالتشريع، بما يجعل التشريع الإسلامي قابلاً للتطبيق بحسب مقتضيات الزمان والمكان، كما تقدم عند الحديث عن الأدلة.

ولأنّ هذا المقترح لم يُبنَ على الفصل بين التشريع الإسلامي والوثيقة الدستورية؛ أي أنّ هناك وثيقة دستورية قد تكون مخالفة للتشريع الإسلامي، ومكانة التشريع الإسلامي فيها، وإنما بُنِي على أن يكون التشريع الإسلامي بثوابته، ومتغيراته، وسموه، ووسطيته، وانفتاحه على الفكر القانوني الإنساني، في ظلّ نصوصه ومقاصده، أساساً للوثيقة الدستورية. ففي حالة ارتضاء هذا المقترح، والأخذ به، لا تظهر الحاجة إلى نص يتحدث عن مكانة للتشريع الإسلامي في الوثيقة الدستورية، فهي شرعية ثابتاً ومتغيراً، ولا خشية من مخالفة التشريع العادي والفرعي للتشريع الإسلامي؛ لأنّ المعروف قانوناً أنّ التشريع العادي إذا خالف نصّاً دستورياً يمكن الدفع بعدم دستوريته بمقتضى مبدأ تدرج التشريع، وكذلك التشريع الفرعي.

ومع ذلك، قد يثير هذا المقترح (كما هو مفترض) بعض الإشكاليات؛ لعلّ من أهمها ما يتعلّق بمدى الحاجة إلى نصّ في الدستور يحدّد مصادر التشريع بما يضبط إرادة المشرِّع، وعمل القاضي، وكيفية الاستفتاء على دستور أحكامه شرعية؟ ومدى المواءمة بين الوثيقة الدستورية، والمواثيق الدولية، التي تكون الدولة طرفاً فيها؟ وهو ما سيتمّ التوقّف عنده فيما يأتي:

1 ـ مدى الحاجة إلى نصّ في الدستور يحدّد مصادر التشريع:

مقتضى هذا المقترح -كما تقدّم- أنّه لا حاجة تدعو إلى نصٍّ في الوثيقة الدستورية على مكانةٍ للتشريع الإسلامي فيها؛ لأنّها وثيقة شرعية بطبيعتها.

وممّا يبرهن على ذلك عدم النصِّ، صراحةً، على مصادر التشريع عامّةً، ومكانة التشريع الإسلامي، في كثير من دساتير الدول العربية والإسلامية، وأنّ الاتجاه، الذي ينصُّ صراحةً على مصادر التشريع، ظهر، لأوّل مرّة في الدساتير العربية، في الدستور السوري سنة (1950م)، ثمّ ظهر، بعد ذلك، في الدستور الكويتي سنة (1962م)، واليمني (1964م)، والمصري والإماراتي (1971م)، والقطري (1972م)، والبحريني والسوداني (1973م)، والليبي (2011م) [73].

ومع ذلك، إذا كان لابدّ من تضمين الوثيقة نصّاً صريحاً وواضحاً في مصادر التشريع يضبط إرادة المشرّع، ويمكّن القضاء من ممارسة رقابته على الثوابت والمتغيرات المختارة؛ يمكن بناء صيغته على أساس استقاء أحكام التشريع، عامّةً، من المصادر ذات الطبيعة القانونية وفقاً لمنهجية حجية هذه المصادر، وتسلسل ترتيبها في الفكر القانوني الإنساني، مع مراعاة عدم مخالفة النص التشريعي لثابت من ثوابت التشريع الإسلامي، أو لمتغيّر من متغيراته، مما أضفت عليه السلطة التشريعية المختصة صفة الإلزام.

2 ـ معنى الاستفتاء على دستورٍ أحكامُه شرعية وكيفيّته:

عند الاستفتاء على الدستور، الذي صِيغ استناداً إلى أحكام التشريع الإسلامي، تظهر الحاجة إلى التمييز فكرياً بين ثوابت التشريع الإسلامي، التي ليست محلّ استفتاء، ومتغيّراته، التي هي موطن الاستفتاء، أو مقاصد الاستفتاء في الثوابت، ومقاصده في المتغيرات.

فالاستفتاء على الثابت لتأكيده، والاستفتاء على المتغير لاختياره. وهنا، يظهر دور أهل الخبرة والتخصُّص في تمييز الثابت من المتغيّر، وفي الاختيار من المتغيّر. كما يمكن الاستئناس بهذا المعيار في حالة تحصين بعض الأحكام ضد التعديل.

73- يُنظر: الدكتور: محسن، صالح الطيب، القيمة القانونية في الشريعة الإسلامية ومكانتها في الخطاب القانوني العربي محاولة تأطير وتقييم، ص388. والجريدة الرسمية، ليبيا، ع1، س1، 1344هـ/ 2012م.

3 ـ مدى المواءمة بين الوثيقة الدستورية والمواثيق الدولية:

يبدو، للوهلة الأولى، أو وقوفاً عند ظاهر الأمور، أنّ المواءمة بين الوثيقة الدستورية المقترحة والمواثيق الدولية أمرٌ غير ممكن، أو هو في غاية الصعوبة، أو هكذا يبدو؛ إمّا لأنّ ثوابت التشريع الإسلامي لا اختيار للمخاطبين به فيها، وإمّا لأنّ متغيراته تجسّد خصوصيةً قد يختلفون فيها مع الآخر.

ولعلّ الأمر ليس كما هو في الظاهر؛ لأنّ التشريع الإسلامي تشريع سماوي خاتم، وإنساني، وعالمي؛ وهذا يجعل قواسمه المشتركة مع التشريعات الأخرى سماوية أو وضعية كثيرة، وما يتميّز به، أو يختلف فيه عن غيره (ولاسيما الشرائع الوضعية) يرجع إلى ربانيّته، وسموّه، وهو ما يجسّد الخصوصية والاستقلالية.

هذا بالنسبة إلى التشريع الإسلامي. أمّا بالنسبة إلى المواثيق الدولية، ففي قواعدها ما يؤكّد احترام إرادة أطرافها في التوقيع، والمصادقة، والانضمام، والتحفُّظ[74]. وفي نصوص الدساتير نفسها، ما يضبط المواءمة بينها وبين هذه المواثيق[75].

74ـ يُنظر: سالم، عبد الله بن علي، الدساتير الوطنية والمواثيق الدولية بين الإلزام والاختيار، www.mostjadat.com.

75ـ نصّت المادة (80) من الدستور الموريتاني لسنة (1991م) على أنّ «للمعاهدات أو الاتفاقيات المصدّقة، أو الموافق عليها، كذلك، سلطة أعلى من سلطة القوانين، وذلك فور نشرها، شريطة أن يطبّق الطرف الثاني المعاهدة أو الاتفاقية». وجاء في ديباجة الدستور المغربي لسنة (2011م) النصّ على «جعل الاتفاقيات الدولية، كما صادق عليها المغرب، وفي نطاق أحكام الدستور، وقوانين المملكة، وهويتها الوطنية الراسخة، تسمو، فور نشرها، على التشريعات الوطنية، والعمل على ملاءمة هذه التشريعات مع ما تتطلّبه تلك المصداقية». ونصّ الفصل (20) من دستور الجمهورية التونسية لسنة (2014م) على أنّ «المعاهدات الموافق عليها من قبل المجلس النيابي، والمُصادق عليها، أعلى من القوانين، وأدنى من الدستور». ونصّت المادة (93) من دستور جمهورية مصر العربية لسنة (2014م) على أن «تلتزم الدولة بالاتفاقيات، والعهود، والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان، التي تصدّق عليها مصر، وتصبح لها قوة القانون بعد نشرها وفقا للأوضاع المقررة».

يُنظر: دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية لسنة (1991م): www.mauritania، والدستور الجديد للمملكة المغربية لسنة (2011م): نصوص قانونية محينة، إعداد لفروجي محمد، ط2، 2012م، ودستور الجمهورية التونسية لسنة (2014م)، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، ودستور جمهورية مصر العربية لسنة (2014م): www.sis.gov.eg.

خاتمة

تؤكّد الورقة أنّ من إشكاليات التشريع في الفكر الإسلامي المعاصر ما أشارت إليه، مشكورةً، أرضية هذه الندوة، التي تحظى برعاية **مؤسّسة (مؤمنون بلا حدود للدراسات والأبحاث) في المغرب**، و**المركز المغاربي للدراسات الاستراتيجية في موريتانيا**، في البند المتعلق بـ (مكانة التشريع الإسلامي في الدساتير والمجلات القانونية المعتمدة في الدول العربية والإسلامية).

وتفترض أنّ من أهمّ إشكاليات هذه الدساتير مجرّد النص على مكانة للتشريع الإسلامي في الدستور، وترى أنّ مجرد النص على هذه المكانة، أو الاكتفاء به، يثير إشكاليات في الفكر الدستوري الإسلامي المعاصر ترجع إلى التباين في صيغ النص، والحاجة إلى بيان المقصود بالتشريع الإسلامي فيه، والموازنة بين وصفه بأنه مصدر رئيسي أو الرئيسي، وتحديد التشريع الذي يكون التشريع الإسلامي مصدراً له، والجهة المعنية بالخطاب في النص، ومدى درجة الإلزام به، والآثار المترتبة على النص في التشريع السابق عليه، كما تبين في المطلب الأوّل.

ولا يعني ذلك أنّ حالة عدم النص على هذه المكانة تأتي خالية من الإشكاليات، أو أن الورقة تميل إلى ترك مكانة التشريع الإسلامي في الوثيقة الدستورية بترك النص عليها، ولكنه يعني أن الورقة اختارت ما يبدو، لأوّل وهلة، أنّه الحل لهذه الإشكالية، أو ما صارت الدساتير في الدول العربية والإسلامية تميل إليه وتراه حلّاً، وأخضعته للبحث، والدراسة، والإثراء.

وتقترح، في سياق الحلول، الجمع بين مقتضيات التشريع الإسلامي، ومقتضيات متطلبات العصر في الدساتير، بنظرة تنطلق من النظر إلى أن الدساتير ليست، دائماً، في حالة مخالفة للتشريع الإسلامي، أو في حالة تقاطع معه، والنظر إلى التشريع الإسلامي أنّه مع ثوابته، فهو يلبي مستجدات العصر بمتغيراته، في نصوصه ومقاصده، كما تبين، عند الحديث في المطلب الثاني عن الثابت والمتغير في أدلة أحكام التشريع الإسلامي، والمصالح التي يحميها هذا التشريع، حيث يمكن القول: إنّ المعاصرة لا تُلتمس، دائماً، في غير التشريع الإسلامي، والأصالة لا تُفقد، في جميع الأحوال، في كلّ الدساتير.

ولعلّ ملخّص الفكرة، في موضوعها ونتائجها، أنّ الوثيقة الدستورية في الدول العربية والإسلامية يمكن أن تُصاغ تأسيساً على أحكام التشريع الإسلامي، التزاماً بثوابته، واختياراً من متغيراته، وبانفتاح على الفكر الدستوري المعاصر؛ وفي هذه الحالة، قد لا تظهر الحاجة إلى الحديث عن مكانة للتشريع الإسلامي في دستور صِيغَ استناداً إلى أحكام هذا التشريع، فضلاً عن الحاجة إلى نص عن هذه المكانة.

إنها وجهة نظر تقبل الخطأ، كما تقبل الصواب، ورأي يحتاج إلى المزيد من المناقشة والتوضيح، ولعلّ الورقة حاولت إثراءها.

أهم المصادر والمراجع

ـ المبلغي، أحمد، الثابت والمتغير في الفقه الإسلامي، قراءة في جهود الخطاب النهضوي، موقع مجلة نصوص معاصرة، مركز البحوث المعاصرة، بيروت.

ـ حمد، أحمد، نحو دستور موحّد للأمة الإسلامية، مكتبة الملك فيصل الإسلامية، 1987م.

ـ أبو المجد، أحمد كمال، تطبيق الشريعة الإسلامية الوضع الصحيح للمسألة، مجلة نقابة المحامين، الأردن، العدد 5، 6، السنة 35، أيار – حزيران/ مايو- يونيو 1987م.

ـ هبة، أحمد، موسوعة مبادئ المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية من أول عام 1971م حتى30 من حزيران/ يونيو 1987م، ط 1، 1988م.

ـ التكاري، البشير، مكانة الشريعة الإسلامية في دساتير الدول العربية، المجلة القانونية التونسية، تونس، 1982م.

ـ الجريدة الرسمية، ليبيا، ع1، س1، 1344هـ/ 2012م، الإعلان الدستوري لسنة 2011م.

ـ اعبودة، الكوني علي، رقابة صحة التشريع في ليبيا، المحامي، ليبيا، العدد13، السنة4، كانون الثاني – آذار/ يناير ـ مارس 1986م.

ـ الدستور الجديد للمملكة المغربية، 2011م، نصوص قانونية محينة. إعداد: محمد لفروجي، ط2، 2012م.

ـ الدستور الجزائري، سنة 2008م: www.el-mouradid.dz.

ـ الدستور السوداني، سنة 2005م: www.ar.wikisorce.org.

ـ الدستور السوري، سنة 2012م: www.jadalyya.com.

ـ الدستور الليبي، سنة 1951م: www.wipo.int.

ـ المحكمة العليا الليبية:

أـ الطعن المدني رقم 35، لسنة 12 قضائية، بتاريخ 1966/12/31م. عمرو، عمر، المجموعة المفهرسة لكافة المبادئ الدستورية، والإدارية، والانتخابية، والشرعية، والجنائية، والمدنية، التي قررتها المحكمة العليا في الجمهورية العربية الليبية في عشر سنوات (1964- 1974م)، مكتبة النور، طرابلس، 1975م.

ب- الطعن المدني رقم 3، لسنة 36 قضائية، جلسة 1990/12/2م، مجلة المحكمة العليا، ليبيا، ع -1 2، 25 كانون الثاني/ يناير 1989م.

ـ دستور دولة اتحاد الجمهوريات العربية، دمشق، 1971م، مجلة الحق (اتحاد المحامين العرب)، ع 3، س 2، أيلول/ سبتمبر 1971م.

ـ دستور الجمهورية الإسلامية الموريتانية لسنة 1991م: www.mauritania

ـ دستور الجمهورية التونسية، 2014م، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية.

ـ دستور جمهورية مصر العربية لسنة 2014م: www.sis.gov.eg.

ـ دستور فلسطين لسنة 2003م: www.syrianba.org.

ـ جمال الدين، سامي، تدرج القواعد القانونية، ومبادئ الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الكتب القانونية.

ـ محسن، صالح الطيب:

أـ القيمة القانونية في الشريعة الإسلامية، ومكانتها في الخطاب القانوني العربي، محاولة تأطير وتقييم، مجلس تنمية الإبداع الثقافي، بنغازي- ليبيا، ط1، 2004م.

ب- وثيقة المدينة، الوثيقة القانونية الأولى في الإسلام، قيمتها الدستورية وأثرها في ترسيخ مبدأ السياسة الشرعية (قانون المستجدات)، مجلة القانون، كلية القانون، جامعة طرابلس، ع 3، -2011 2012م.

ج- الثابت والمتغير في ظل القاعدة الدستورية الشريعة الإسلامية مصدر للتشريع، محاضرة، الأربعاء 2011/11/2م، كلية القانون، جامعة طرابلس، والخميس 2012/1/12م، المسرح التعليمي، زليتن، برعاية نادي اليراع الثقافي.

د- كيف تكون الشريعة الإسلامية مصدراً للدستور، محاضرة، محاضرات الموسم الثقافي، 2011- 2014م، الدستور الذي نريد، سلسلة الدراسات العامة 19، المركز الليبي للمحفوظات والدراسات التاريخية، 2014م.

- عطية، صلاح الدين حافظ، الاتجاهات العامة المعاصرة في تعديل النظم القانونية العربية، مجلة الشريعة والقانون، صنعاء، العدد 3، ربيع الثاني 1401هـ، آذار/ مارس 1981م.

- الطبطبائي، عادل، النظام الدستوري في الكويت، دراسة مقارنة، دار العلوم للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، ط1، 1985م.

- شريف، عادل عمر، مرتبة مبادئ الشريعة الإسلامية في تدرج القواعد القانونية ومدى اعتبار هذه المبادئ مرجعاً للرقابة الدستورية، مجلة المحامي، ليبيا، العدد رقم 31، 32، السنة: 8 تموز – كانون الأول/ يوليو - ديسمبر 1990م.

- الجندي، عبد الحليم، حول صياغة الدستور الإسلامي، مجلة إدارة قضايا الحكومة، مصر، ع4، س 23، تشرين الأول - كانون الأول/ أكتوبر - ديسمبر 1979م.

- متولي، عبد الحميد، الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، منشأة المعارف، الإسكندرية، الكتب القانونية، ط3، 1986م.

- سالم، عبد الله بن علي، الدساتير الوطنية والمواثيق الدولية بين الإلزام والاختيار، www.mostjadat.com.

- الألتونجي، عبد الوهاب، القياس، مجلة القضاء والتشريع، تونس، ع 8، س 18، 1976م.

- الصالح، عثمان عبد المالك، مقترحات الحكومة وتصوراتها حول تعديل الدستور الكويتي وموقف لجنة النظر في تنقيح الدستور منها، دراسة تحليلية نقدية، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت، العدد 3، السنة 5، ذو القعدة 1401هـ/ أيلول/ سبتمبر 1981م.

- الباز، علي، الدستور الكويتي ومذكرته التفسيرية تكييفها ومدى إلزامها، القسم الثاني، مجلة الحقوق، الكويت، العدد 4، السنة 10، ربيع الثاني 1407هـ، كانون الأول/ ديسمبر 1986م.

- نجيدة، علي حسين، مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990م.

- جريشة، علي، إعلان دستور إسلامي، مواد دستورية مع شرح له وتعليق في صورة مذكرة ونماذج، دار الوفاء للطباعة والنشر، ط1، 1405هـ، 1985م.

- جمعة، علي، الثابت والمتغير في الشريعة الإسلامية: www.alwatan.com

- عوض، عوض محمد، مهمة المشرّع العربي في ضوء النصوص الدستورية التي تجعل الشريعة الإسلامية مصدراً للتشريع، دراسات قانونية، بنغازي، المجلد3، س3، 1973م.

- فكري، فتحي، تعليق على اقتراح تعديل المادة الثانية من الدستور الكويتي مع تقييم لبعض جوانب قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر بشأن المادة المقابلة من دستور 1971م، مجلة الحقوق، الكويت، العدد 4، السنة 18، جمادى الآخرة 1415هـ، كانون الأول/ ديسمبر 1994م.

- طربوش، قائد محمّد، نظام الحكم في الجمهورية العربية اليمنية، دراسة مقارنة مع البلدان العربية ذات الطابع الجمهوري، مكتبة مدبولي، القاهرة، ط1، 1410هـ، 1990م.

- أمحزون، محمد، ماذا خسر العالم بترك الشريعة الإسلامية، دار السلام، مصر، ط1، 1434هـ، 2013م.

ـ ابن عاشور، محمد الفاضل، قضايا التشريع الإسلامي في العصر الحاضر، محاضرة مرقونة على الآلة الكاتبة، إدارة الثقافة العامة وشؤون العالم الإسلامي، جامعة السيد محمد بن علي السنوسي الإسلامية، ليبيا، الموسم الثقافي 1965، 1966م.

ـ الربابعة، محمد حسن محمد، تاريخ مدرسة الثابت والمتغير في الفقه الإسلامي، موقع حركة التوحيد والإصلاح، المغرب.

ـ الرشود، محمد رشود حمد، مجموعة التشريعات الكويتية، الجزء الخامس، الدستور الكويتي وقوانين أخرى، مجلس الوزراء، إدارة الفتوى والتشريع، مطابع الكويت، 1985م.

ـ العشماوي، محمد سعيد، أصول الشريعة، دار اقرأ، بيروت، ط2، 1403هـ، 1983م.

ـ محمد، محمد عبد الجواد، توحيد القوانين في دول الخليج العربية عن طريق تقنين الشريعة الإسلامية، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون، تقنين الشريعة الإسلامية (مجموعة بحوث)، المكتبة القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1411هـ/1991م.

ـ عثمان، محمد فتحي، قبل تقنين أحكام الشريعة كأساس لتطبيقها، المسلم المعاصر، لبنان، العدد 11، رجب ـ رمضان 1397هـ، تموز – أيلول/ يوليو ـ سبتمبر 1977م.

ـ شلبي، محمد مصطفى، تطبيق الشريعة الإسلامية بين المؤيدين والمعارضين، دار الشروق، القاهرة- بيروت، ط1، 1407هـ، 1987م.

ـ وصفي، مصطفى كمال، حرب الألف واللام، المسلم المعاصر، لبنان، العدد6، ربيع الثاني ـ جمادى الثانية 1396هـ، نيسان – حزيران/ إبريل ـ يونيو 1976م.

ـ معهد الدراسات العربية العالية، جامعة الدول العربية، دساتير البلاد العربية وثائق ونصوص، 1955م.

ـ الصائغ، نبيل، الأحكام الدستورية للبلاد العربية، دار الجامعة، بيروت.

ـ الزحيلي، وهبة، القرآن الكريم بنيته التشريعية وخصائصه الحضارية، دار الفكر المعاصر، بيروت، ودار الفكر، دمشق، ط1، 1413هـ، 1993م.

ـ قزماخوري، يوسف، الدساتير في العالم العربي نصوص وتعديلات -1939 1987م، دار الحمراء، لبنان، ط1، 1989م.

MominounWithoutBorders

Mominoun

@ Mominoun_sm

مؤمنون بلا حدود
Mominoun Without Borders
للدراسات والأبحاث www.mominoun.com

الرباط – أكدال. المملكة المغربية

ص ب : 10569

الهاتف : +212 537 77 99 54

الفاكس : +212 537 77 88 27

info@mominoun.com

www.mominoun.com

جميع الحقوق محفوظة © 2017

All rights reserved © 2017